

Hof van Justitie EG, 20 januari 1981, Membran & K-Tel v GEMA



AUTEURSRECHT – UITPUTTING

Vrij verkeer van goederen

• **Geldt ook voor geluidsdragers**

In de eerste plaats dient te worden beklemtoond dat geluidsdragers, ook wanneer daarop beschermde muziekwerken zijn opgenomen, producten zijn waarvoor het in het Verdrag voorziene stelsel van het vrije verkeer van goederen geldt.

• **Geen uitzondering voor auteursrecht**

Weliswaar omvat het auteursrecht morele rechten van de door de Franse regering genoemde aard, maar het strekt zich tevens uit tot andere bevoegdheden, met name die om het in het verkeer brengen van het beschermde werk commercieel te exploiteren, in het bijzonder in de vorm van licenties die worden verleend tegen betaling van royalties. Om dit laatste — economische — aspect van het auteursrecht gaat het in de door de nationale rechter gestelde vraag, en er is geen reden om in zoverre voor de toepassing van art. 36 EEG-Verdrag onderscheid te maken tussen het auteursrecht en de andere industriële en commerciële eigendomsrechten

Uitputting

• **dat noch de auteursrechthebbende of zijn licentiehouders, noch een namens de rechthebbende of de licentiehouders optredende maatschappij voor het beheer van auteursrechten, met een beroep op het door het auteursrecht verleende exclusieve exploitatierecht de invoer van geluidsdragers die in een andere lid-staat door de rechthebbende zelf of met diens toestemming rechtmatig in het verkeer zijn gebracht, kan verhinderen of beperken.**

Uitputting auteursrecht

Verschillen in nationale royalties mogen niet worden aangegrepen om het vrije verkeer van goederen in de gemeenschappelijke markt te belemmeren

De artt. 30 en 36 EEG-Verdrag moeten aldus worden uitgelegd, dat zij zich verzetten tegen toepassing van een nationale wettelijke regeling ingevolge welke een maatschappij voor het beheer van auteursrechten, die gemachtigd is de auteursrechten van de componisten van in een andere lid-staat op platen of andere geluids-

dragers opgenomen werken geldend te maken, ingeval deze geluidsdragers op de nationale markt te koop worden aangeboden na in die andere lid-staat door of met toestemming van de gerechtigden tot het auteursrecht in het vrije verkeer te zijn gebracht, met een beroep op die rechten betaling kan verlangen van een vergoeding ter hoogte van de bij verhandeling op de nationale markt gebruikelijke royalties, onder aftrek van lagere royalties welke in de lid-staat van vervaardiging zijn betaald

Vindplaatsen: [Eur-Lex](#); SEW 1981, p. 590; NJ 1982, 111, m.nt Wichers Hoeth; BIE 1981, nr. 65, p. 289

Hof van Justitie EG, 20 januari 1981

(Mertens de Wilmars, Pescatore, Mackenzie Stuart, Koopmans, O' Keefe, Bosco, Touffait)

Feiten.

1. a. Zaak 55/80.

De firma Musik-Vertrieb Membran GmbH heeft geluidsdragers (grammofonplaten, musicassettes) uit het buitenland — o.m. uit lid-staten van de Europese Gemeenschap, waar deze producten zich in het vrije verkeer bevonden — in de Bondsrepubliek Duitsland ingevoerd. De geluidsdragers bevatten door de auteurswet beschermde muziekwerken. Voor verveelvoudiging en verbreiding van de beschermde muziekwerken waren in het land van vervaardiging licenties verleend en de desbetreffende royalties betaald. De GEMA heeft van het Landgericht Hamburg een vonnis verkregen waarbij Musik-Vertrieb Membran is veroordeeld, gedetailleerde gegevens te verstrekken over de door haar sedert 1 april 1973 uit het buitenland in Duitsland ingevoerde geluidsdragers. De GEMA had haar vordering gebaseerd op paragraaf 97 Urheberrechtsgesetz (auteurswet), met het betoog dat verweerster inbreuk had gemaakt op het verbreidingsrecht van de door de GEMA vertegenwoordigde auteurs en derhalve gehouden was tot schadevergoeding ter hoogte van het verschil tussen de reeds in het buitenland betaalde en de in Duitsland geldende royalties. De GEMA had in eerste instantie slechts inlichtingen verlangd om dit verschil te kunnen berekenen. Na hoger beroep van verweerster heeft het Hanseatische Oberlandesgericht het vonnis in eerste aanleg bekrachtigd.

b. Zaak 57/80.

De firma K-Tel International heeft in 1974 grammofonplaten met auteursrechtelijk beschermde muziekwerken uit Groot-Brittannië in de Bondsrepubliek Duitsland ingevoerd. In Groot-Brittannië was door de exploitatiemaatschappij 'Mechanical Copyright Protection Society Ltd.' (MCPS), de auteursrechthebbende, voor de verveelvoudiging en verbreiding van de beschermde muziekwerken een licentie verleend aan een zusterbedrijf van K-Tel, K-Tel International Ltd., dat de MCPS daarvoor royalties had betaald; de hoogte daarvan komt overeen met het bedrag dat de MCPS verlangt voor grammofonplaten die voor verkoop in Groot-Brittannië bestemd zijn.

De MCPS heeft vergeefs getracht, K-Tel International Ltd. voor de naar Duitsland uitgevoerde grammofonplaten het verschil tussen de in Groot-Brittannië betaalde en de in Duitsland gebruikelijke royalties te laten betalen.

De GEMA heeft voor het Landgericht Frankfurt een vonnis verkregen waarbij K-Tel is veroordeeld, haar voor de in Duitsland ingevoerde grammofonplaten het verschil tussen de in Groot-Brittannië door K-Tel International aan de MCPS betaalde en de in Duitsland gebruikelijke royalties te betalen. De GEMA had dit bedrag gevorderd als schadevergoeding in de zin van paragraaf 97 Urheberrechtsgesetz, met het betoog dat K-Tel inbreuk had gemaakt op het verbreidingsrecht van de door de GEMA vertegenwoordigde auteurs.

Na hoger beroep van verweerster heeft het Oberlandesgericht Frankfurt het vonnis in eerste aanleg bekrachtigd.

2. In beide zaken was de rechter van mening dat het recht om grammofonplaten te verbreiden in de Bondsrepubliek Duitsland door het in het verkeer brengen in Groot-Brittannië niet was uitgeput, en dat de bepalingen van het EEG-Verdrag inzake het vrije goederenverkeer zich niet verzetten tegen invordering van het verschil tussen de betrokken royalties, inzonderheid omdat geen sprake zou zijn van een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking. In zaak 55/80 is het verzoek om inlichtingen in eerste instantie dan ook toegewezen.

3. Zowel Musik-Vertrieb Membran GmbH als K-Tel International (hierna: requiranten in cassatie), hebben — bij het Bundesgerichtshof — tegen deze arresten beroep tot cassatie ingesteld.

Bij twee beschikkingen van 19 dec. 1979 heeft het Bundesgerichtshof de procedure geschorst en het Hof verzocht zich bij wege van prejudiciële beslissing in beide zaken uit te spreken over de volgende vraag:

'Is het verenigbaar met de bepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen (art. 30 e.v. EEG-Verdrag) dat de — tot het geldend maken van auteursrechten gerechtigde — maatschappij voor het beheer van auteursrechten het aan de auteur in lid-staat A toekomende exclusieve recht om zijn muziekwerken op geluidsdragers over te brengen, te verveelvoudigen en te verbreiden, aldus uitoefent dat het voor de verhandeling in lid-staat A van geluidsdragers die in lid-staat B zijn geproduceerd en in het verkeer gebracht, en wel met de tot lid-staat B beperkte toestemming van de auteur tegen betaling van een — op basis van het aantal en de uiteindelijke verkoopprijs in deze lid-staat berekende — vergoeding, een bedrag verlangt ter hoogte van de in lid-staat A voor de vervaardiging en verkoop gebruikelijke royalties, zij het onder aftrek van de reeds in lid-staat B voor de vervaardiging en verkoop betaalde (lagere) royalties?'

De verwijzingsbeschikkingen zijn op 13 februari 1980 ter griffie van het Hof ingeschreven.

Bij beschikking van 2 juli 1980 heeft het Hof besloten de zaken 55/80 en 57/80 voor de mondelinge behandeling en het arrest te voegen.

Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en gehoord de advocaat-generaal, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. Krachtens artikel 20 van 's Hof's Statuut E.E.G. zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door requiranten in cassatie, ten deze vertegenwoordigd door het advocatenkantoor Deringer, Tessin, Herrmann en Sedemund te Keulen; door de GEMA, gerequireerde in cassatie, ten deze vertegenwoordigd door O. Brandel, advocaat bij het Bundesgerichtshof; door de regering van het Koninkrijk België; de regering van de Italiaanse Republiek; en door de Commissie van de Europese Gemeenschappen, ten deze vertegenwoordigd door G. zur Hausen, lid van haar juridische dienst.

II. Samenvatting van de bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen

1) De betrokken auteursrechtelijke bepalingen

De Commissie geeft een overzicht van de betrokken regelingen voor het verveelvoudigen en verbreiden van op geluidsdragers opgenomen muziekwerken.

Wettelijke bepalingen

Bondsrepubliek Duitsland

De rechten van auteurs van muziekwerken worden geregeld door het Urheberrechtsgesetz (hierna: UrhRG) van 9 september 1965 (BGBl. I, blz. 1273 - BGBl. III 440-1). Het UrhRG bevat bepalingen inzake de zogenoemde exploitatierechten van de auteur. Paragraaf 15 bepaalt dat de auteur het exclusieve recht heeft, zijn werk in materiële vorm te exploiteren. Dit recht omvat het in paragraaf 16 UrhRG bedoelde recht op verveelvoudiging, waartoe ook het opnemen van het muziekwerk op geluidsdragers, zoals grammofonplaten, behoort. Het exploitatierecht omvat bovendien het in paragraaf 17 UrhRG bedoelde recht op verbreiding, dat wil zeggen het recht om het origineel of reproducties van het werk openbaar te maken of in het verkeer te brengen. Volgens paragraaf 31 UrhRG kan de auteur anderen het recht verlenen zijn werk te exploiteren. Volgens paragraaf 32 UrhRG kan dit exploitatierecht onder meer geografisch worden beperkt. De wet bevat geen bepalingen betreffende de voor de verlening van het exploitatierecht te betalen royalty's. Paragraaf 17, lid 2, UrhRG bevat het beginsel van de uitputting van het verbreidingsrecht, volgens hetwelk het geoorloofd is produkten die met toestemming van de rechthebbende voor de Bondsrepubliek in het verkeer zijn gebracht, verder te verbreiden. Paragraaf 97 UrhRG tenslotte verleent de auteur de verschillende rechtsvorderingen voor het geval inbreuk op zijn recht wordt gemaakt. De auteur kan opheffing van de inbreuk op zijn recht, staking van de gewraakte activiteit en bij opzettelijke of culpoze inbreuk op zijn recht ook schadevergoeding vorderen. In een tegelijk met het UrhRG vastgestelde wet zijn de activiteiten van de "exploitatiemaatschappijen" geregeld. Het "Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten" van 9 september 1965 (BGBl. I blz. 1294 - BGBl. III 440-8) bepaalt dat een vergunning is vereist om verschillende uit het UrhRG voortvloeiende rechten voor rekening van meerdere auteurs ter gemeenschappelijke exploitatie te beheren. De exploitatiemaatschappij is

volgens paragraaf 11 van deze wet verplicht, eenieder op verzoek tegen billijke voorwaarden gebruiksrechten op basis van de door haar beheerde rechten te verlenen. De gebruiksrechten dienen te worden verleend tegen een vergoeding waarvan het tarief door de exploitatiemaatschappij wordt vastgesteld en openbaar gemaakt. De GEMA is in Duitsland de enige exploitatiemaatschappij die het recht tot gebruik van auteursrechten in de vorm van vervaardiging en verbreiding van grammofoonplaten verleent. Groot-Brittannië Het auteursrecht is geregeld in de Copyright Act van 1956, volgens welke het auteursrecht onder meer het recht omvat, het werk in een materiële vorm te veeelvoudigen en openbaar te maken en eventueel een derde te machtigen hetzelfde te doen (sections 1 en 2). De bepalingen in section 8 van de Copyright Act bevatten een speciale regeling voor het auteursrecht op muziekopnamen; zij voorzien daarvoor in een wettelijke licentie. Op het auteursrecht van de schepper van een muziekwerk wordt door het vervaardigen van een geluidsdrager geen inbreuk gemaakt indien aan de volgende voorwaarden is voldaan: het werk is reeds met het oog op de verkoop door de auteur of met diens toestemming op een geluidsdrager opgenomen; de fabrikant stelt de auteur in kennis van zijn voornemen om het werk voor de verkoop te reproduceren en betaalt hem royalty's ter hoogte van 6,25% van de normale detailhandelsprijs van de geluidsdrager of de eveneens bij wet vastgestelde minimumroyalty's. De wet biedt derhalve eenieder de mogelijkheid, onder bepaalde voorwaarden kunstwerken te exploiteren. In de praktijk leidt deze regeling ertoe dat in Groot-Brittannië de royalty's voor vervaardiging en verbreiding van grammofoonplaten immer 6,25% van de detailhandelsprijs bedragen; geen enkele Hcentienemer zal immers bereid zijn met de auteur hogere royalty's overeen te komen, want hij behoeft slechts te wachten totdat de grammofoonplaat door iemand anders is vervaardigd om tegen betaling van de bij de wet voorziene royalty's het beschermde werk te kunnen reproduceren en verbreiden. Section 36 regelt de overdracht van het auteursrecht (niet te verwarren met de verlening van een licentie). Volgens paragraaf 2 van deze section kan de overdracht tot bepaalde landen worden beperkt. In een geografische begrenzing binnen een land is niet voorzien. De contractuele betrekkingen van de exploitatiemaatschappijen Alle exploitatiemaatschappijen in de Gemeenschap die voor rekening van de auteurs de rechten op mechanische veeelvoudiging en verbreiding van muziekwerken beheren, zijn lid van het "Bureau international des sociétés gérant les droits d'enregistrement et de reproduction mécanique". Deze vereniging is in 1929 opgericht onder de naam "Bureau International de l'Édition Mécanique" (BIEM). Het BIEM en de "International Federation of the Phonographic Industry" (IFPI) — de federatie van grammofoonplatenfabrikanten — hebben in gemeen overleg een zogenoemd "standard agreement" opgesteld, waarop alle exploitatiemaatschappijen zich bij het sluiten van overeenkomsten met grammofoonplatenfabrikanten baseren.

In de met grammofoonplatenfabrikanten gesloten licentie-overeenkomsten wordt voor de hoogte van de door de fabrikant te betalen royalty's uitgegaan van het beginsel van het land van bestemming. Voor de vaststelling van de berekeningsgrondslag voor de vergoeding wordt onderscheid gemaakt tussen de binnenlandse en buitenlandse verkopen van grammofoonplaten. Voor exporten binnen Europa is de berekeningsgrondslag de verkoopprijs in het land van bestemming (artikel V, lid 7 van de standaardovereenkomst van het BIEM). Voor het Europese vasteland bedragen de royalty's per grammofoonplaat 8% van die verkoopprijs, waarbij bepaalde minimum-royalty's in acht moeten worden genomen. De verschillende exploitatiemaatschappijen hebben onderling overeenkomsten gesloten over het wederzijdse beheer van de door hen waargenomen rechten: de sluiting van die overeenkomsten berust op de statuten van het BIEM. Een van de taken van het BIEM is het uitwerken van de tekst van die overeenkomsten, waarmee wordt beoogd te verzekeren dat een exploitatiemaatschappij binnen haar arbeidsgebied ook de rechten uit het repertoire van de andere exploitatiemaatschappij waarneemt.

2) De door het Bundesgerichtshof gestelde vraag
Requiranten in cassatie merken op dat, zelfs indien de GEMA naar Duits recht de invoer van geluidsdragers mocht verbieden of afhankelijk stellen van de betaling van aanvullende royalty's, een dergelijke uitlegging van het Duitse auteursrecht en het geldend maken van deze rechten door de GEMA in strijd zou zijn met het gemeenschapsrecht van hogere rang, inzonderheid de artikelen 30 en 36 E.E.G.-Verdrag. Intussen zijn partijen het erover eens, dat het beginsel neergelegd in het arrest van 8 juni 1971 (zaak 78/70, Deutsche Grammofoon, Jurispr. 1971, blz. 487) 7) ook voor auteursrechten geldt en luidt als volgt:

"Wanneer een (aan het auteursrecht verwant) recht wordt ingeroepen ten einde het verhandelen in een Lid-Staat te verbieden van voortbrengselen welke door — of met toestemming van — de rechthebbende op het grondgebied van een andere Lid-Staat zijn verbreid, en wel zulks alleen omdat deze verbreiding niet op het nationaal grondgebied heeft plaatsgevonden, stuit zodanig verbod, dat een bekrachtiging van het isolement der nationale markten inhoudt, af op het wezenlijk doel van het Verdrag, namelijk de versmelting der nationale markten tot één enkele markt."

Deze rechtspraak is bevestigd in de arresten van 31 oktober 1974 (zaak 15/74, Centrafarm I, Jurispr. 1974, blz. 1147, en zaak 16/74, Centrafarm II, Jurispr. 1974, blz. 1183).8)

De GEMA betwist dit niet; zij heeft zich voor het overige ook niet uitdrukkelijk beroepen op het recht, de verbreiding van de betrokken geluidsdragers te verbieden. Wel is zij van mening dat het door het Hof ontwikkelde beginsel niet geldt voor de vordering tot betaling van het verschil tussen de (lagere) Britse en de hogere Duitse royalty's; volgens haar gaat het erom, gelijke mededingingsvoorwaarden te creëren voor importeurs en binnenlandse fabrikanten van geluidsdragers. Daarentegen betogen requiranten in

cassatie met een beroep op de rechtspraak van het Hof, dat het in het onderhavige geval niet van belang is of zij gelijk worden behandeld als de binnenlandse fabrikanten van geluidsdragers, die in totaal dezelfde royalty's moeten betalen (arresten van 11 juli 1974, zaak 8/74, Dassonville, Jurispr. 1974, blz. 837; 15 december 1976, zaak 41/76, Donckerwolcke, Jurispr. 1976, blz. 1921; 16 november 1977, zaak 13/77, Inno, Jurispr. 1977, blz. 2115; 20 februari 1979, zaak 120/78, Rewe, Jurispr. 1979, blz. 649). Beslissend is veeleer, welke invloed een dergelijke maatregel op de tussenstaatse handel uitoefent. In casu vormt de navordering van royalty's ongetwijfeld een belemmering van de invoer van de betrokken geluidsdragers, die aldus van een op de marktverhoudingen in een andere Lid-Staat berustend kostenvoordeel worden beroofd. Daardoor wordt compensatie van de prijsverschillen op de betrokken nationale markten onmogelijk gemaakt, met als gevolg dat de afscherming van deze markten wordt begunstigd. Requiranten in cassatie voegen daaraan toe, dat uit het Duitse auteursrecht, indien in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uitgelegd, geen aanspraak op nabetaling van het verschil kan worden afgeleid. Aangezien de GEMA de invoer van de onderhavige geluidsdragers niet kan verbieden, is verbreiding ervan in de Bondsrepubliek rechtmatig. Ingevolge paragraaf 97 UhrRG bestaat echter slechts recht op schadevergoeding, wanneer onrechtmatig inbreuk is gemaakt op het auteursrecht, dat wil in casu zeggen, indien de verbreiding van de geluidsdragers in Duitsland onrechtmatig was. Zij wijzen erop dat de GEMA een beroep doet op de beschikking van de Commissie van 2 juni 1971 (Pb. 1971, L 134, blz. 15), waarin deze ten aanzien van de GEMA vaststelde dat de beschikking haar niet belette, eventueel van importeurs het verschil tussen de lagere royalty's van het land van herkomst en de in Duitsland gebruikelijke hogere royalty's te vorderen. Deze beschikking is echter gegeven in een procedure krachtens verordening nr 17 en derhalve gebaseerd op de artikelen 85 en 86 E.E.G.-Verdrag. Volgens requiranten in cassatie kan de navordering van royalty's niet worden gerechtvaardigd door artikel 36 E.E.G.-Verdrag. Een dergelijke vordering behoort stellig niet tot het specifieke object van het auteursrecht, maar valt onder de uitoefening daarvan. Zulks volgt uit het arrest van het Hof van 18 maart 1980 (zaak 62/79, Coditel, Jurispr. 1980, blz. 881). In zoverre is het derhalve evenmin van belang, of de hogere royalty's in een Lid-Staat (in casu de Bondsrepubliek Duitsland) op een hoger tarief berusten dan wel de omstandigheid dat de als berekeningsgrondslag dienende detailhandelprijzen hoger zijn dan bijvoorbeeld in Engeland. Voor zover de tarieven van de royalty's verschillen, is de vordering van een nabetaling bij invoer hoe dan ook in strijd met artikel 30 E.E.G.-Verdrag. Voor zover het verschil in de absolute hoogte van de royalty's op een verschil in berekeningsgrondslag — detailhandelprijzen — berust, betekent de afspraak tussen de GEMA en de Engelse MGPS, volgens welke hun royalty's slechts het in het verkeer brengen in het door de exploitatiemaatschappijen be-

streden gebied dekken, dat de afscherming van de nationale markten in stand blijft.

De GEMA, gerequireerde in cassatie, betoogt dat zij de invoer van de onderhavige geluidsdragers niet tracht te beletten. Zij wil enkel dat bij exploitatie van de muziekwerken in de Bondsrepubliek Duitsland de auteur dezelfde royalty's worden betaald, ongeacht of de geluidsdragers in het buitenland zijn gefabriceerd dan wel met toestemming van de auteurs in Duitsland gefabriceerd en in het verkeer gebracht. De navordering van royalty's is verenigbaar met de beginselen van de artikelen 30 e.v. E.E.G.-Verdrag. Het voldoen aan een dergelijke vordering — en a fortiori het verstrekken van ter voorbereiding gevraagde gegevens — kan het vrije goederenverkeer niet belemmeren. Tot staving van deze opvatting geeft de GEMA eerst een overzicht van de voor de exploitatie van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken geldende voorwaarden. Aangezien het percentage van de royalty's niet steeds even hoog is, lopen de te betalen bedragen wegens de aanzienlijke verschillen tussen de prijzen van de grammofoonplaten per Lid-Staat sterk uiteen. In Groot-Brittannië liggen de verkoopprijzen van geluidsdragers tengevolge van de wettelijke prijsvoorschriften lager dan in de Bondsrepubliek Duitsland; dit heeft dan ook een weerslag op de royalty's in de beide landen. De royalty's worden berekend volgens de in het land van vervaardiging geldende tarieven. Is de aanvrager echter voornemens naar het buitenland te exporteren, dan is de nationale exploitatiemaatschappij gehouden een verkooplicentie te verlenen tegen de in het land van bestemming geldende tarieven. Deze regeling wordt door requiranten in cassatie omzeild.

De GEMA betoogt dat het onbillijk is de auteur niet in dit haalbare hogere bedrag te laten delen, omdat een billijke beloning voor de in het beschermde werk vervatte intellectuele arbeid moet worden vastgesteld aan de hand van de prijs die de consument bereid is voor een reproductie te betalen. Indien het haalbare bedrag bij verkoop in de Bondsrepubliek dus hoger is dan ten tijde van de betaling van de royalty's - berekend voor verkoop in Groot-Brittannië — werd aangenomen, moeten de royalty's alleen al op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel aan de daadwerkelijk haalbare bedragen worden aangepast.

Het beginsel van het vrije verkeer van goederen mag niet ertoe leiden dat het recht van de auteur op een billijke beloning voor zijn intellectuele arbeid wordt gekort ten gunste van degenen die bij de exploitatie van beschermde werken, de verschillen in nationale prijsstructuren uitbuiten om bijzondere voordelen te behalen. Het behoort tot het wezen van het auteursrecht, dat de auteur recht heeft en blijft houden op de vruchten van zijn intellectuele arbeid. Indien de auteurs de navordering van royalty's werd ontzegd, dan zou daaruit een belemmering van de verbreiding van auteursrechtelijk beschermde werken voortvloeien. De auteurs zouden namelijk ertoe worden gedwongen, de rechten op verveelvoudiging en verbreiding in de toekomst alleen in de Lid-Staat met de hoogste royalty's over te dragen. Het recht van de GEMA op navordering

en de verenigbaarheid van deze navordering met de artikelen 30 e.v. E.E.G.-Verdrag volgt tenslotte uit het door de Commissie gewekte gerechtvaardigde vertrouwen. De administratieve praktijk voor de navordering van royalty's is gebaseerd op de (reeds genoemde) beschikking van de Commissie van 2 juni 1971. De GEMA mocht staat maken op de inhoud van deze beschikking. Vervolgens bespreekt de GEMA de vraag of bij een territoriaal begrensde licentie uitputting van het auteursrecht in één Lid-Staat automatisch tot uitputting in de overige Lid-Staten leidt. Zij meent dat een bevestigend antwoord op deze vraag nog niet betekent dat de auteur tegelijk met de uitputting van zijn auteursrecht in de gehele gemeenschappelijke markt. Ook het recht op royalty's naar rato van het verbreidingsgebied verliest. Zij acht het evenwel niet gerechtvaardigd, bij het auteursrecht een zo radicale uitputtende werking aan te nemen, omdat de mogelijkheid van de auteur om een naar tijd, ruimte of inhoud beperkt exploitatierecht over te dragen tot het wezen van het auteursrecht behoort. Dit standpunt is bevestigd in het arrest van 18 maart 1980 (zaak 62/79, Coditel, Jurispr. 1980, blz. 881), waarin inzonderheid wordt overwogen dat "de bepalingen van het E.E.G.-Verdrag zich in beginsel niet ertegen verzetten dat de partijen bij de overdracht geografische grenzen overeenkomen om de auteur en zijn rechtverkrijgenden in dit opzicht te beschermen." De regering van de Italiaanse Republiek merkt op dat de GEMA actie heeft ingesteld tegen twee rechtspersonen, die derden zfl'n voor wat de licentie-overeenkomsten betreft. Zij geeft een overzicht van de Italiaanse wettelijke bepalingen inzake auteursrechten, waaruit blijkt dat de auteur het exclusieve recht heeft om in het buitenland gemaakte reproducties op het grondgebied van de staat in te voeren teneinde ze aldaar te verbreiden. In de onderhavige gedingen gaat het niet om het verbod goederen te importeren, doch uitsluitend om een aanspraak op aanvullende royalty's. Het valt dan ook te betwijfelen of de artikelen 30 e.v. E.E.G.-Verdrag en de betrokken rechtspraak van het Hof in deze gedingen van toepassing kunnen zijn. De splitsing van de gemeenschappelijke markt in meerdere nationale markten tengevolge van de territoriale begrenzing van de intellectuele eigendomsrechten kan derhalve niet als een "middel tot willekeurige discriminatie", noch als "een verkapte beperking van de handel tussen Lid-Staten" (artikel 36 E.E.G.-Verdrag) worden beschouwd. Deze situatie is enkel de weerslag van de bijzondere wijze waarop de auteursrechtelijke stelsels thans zijn opgezet. Concluderend geeft de Italiaanse regering het Hof in overweging, de gestelde vraag bevestigend te beantwoorden.

De regering van het Koninkrijk België verklaart dat de royalty's van de auteur afhankelijk zijn van de verkoopprijs van de geluidsdragers. Zij variëren dus met de prijzen van de geluidsdragers in de verschillende Lid-Staten. Indien bij invoer in een land met hogere prijzen de auteur wordt beroofd van de mogelijkheid, een aanvullende vergoeding te vorderen boven de reeds in het land van herkomst ontvangen lagere royalty's, wordt inbreuk gemaakt op het auteursrecht. De België-

sche regering voegt daaraan toe dat in zaak 57/80 de geluidsdragers zijn ingevoerd uit het Verenigd Koninkrijk, waar de vergoeding voor de auteur volgens een wettelijk tarief wordt berekend (section 8 Copyright Act). Indien de auteur derhalve in de overige Lid-Staten geen aanspraak kon maken op een aanvullende vergoeding op de grondslag van het in dat land gebruikelijke, vrij overeengekomen tarief, zou het wettelijke tarief van het Verenigd Koninkrijk tot de gehele Gemeenschap worden uitgebreid; zulks zou in strijd zijn met artikel 13, lid 2, van de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst (Brusselse tekst van 1948, waarbij alle Lid-Staten partij zijn).

Concluderend is zij van mening dat de gestelde vraag een bevestigend antwoord dient te krijgen. De Commissie betoogt dat toekenning van een recht op betaling van het verschil tussen de in Duitsland gebruikelijke en de reeds in het land van vervaardiging betaalde royalty's een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking vormt.

Het recht waarop de GEMA zich beroept, is uiteindelijk een rechtstreeks gevolg van het op basis van het auteursrecht ingeroepen recht, de verbreiding van reproducties van het werk te beletten. In werkelijkheid betreft het een vordering tot schadevergoeding. In casu wordt beslist geen aanspraak gemaakt op een recht op royalty's, gebaseerd op de met de fabrikant van geluidsdragers gesloten licentie-overeenkomst. Een verplichting tot schadevergoeding van de importeur heeft echter even ernstige gevolgen voor het vrije goederenverkeer als een verkoopverbod. De importeur verliest de mogelijkheid in een Lid-Staat gekochte goederen die zich aldaar in het vrije verkeer bevonden, vrij en ongehinderd in een andere Lid-Staat in te voeren. Bovendien is de uitzonderingsbepaling van artikel 36, eerste volzin, E.E.G.-Verdrag in het onderhavige geval niet van toepassing. Weliswaar kan het auteursrecht niet direct worden gelijkgesteld met de industriële en commerciële eigendom, doch het is niettemin gerechtvaardigd het per analogiam onder het toepassingsgebied van artikel 36 te brengen, althans wanneer het door het auteursrecht beschermde werk is belichaamd in een produkt waaromtrent handelstransacties worden gesloten en dat mitsdien onder de werkingssfeer van de bepalingen inzake het vrije goederenverkeer valt. Overigens bevestigd de rechtspraak van het Hof het beginsel, dat de gerechtigde tot een door de wettelijke voorschriften van een Lid-Staat beschermd recht van industriële en commerciële eigendom zich niet op die voorschriften kan beroepen om de invoer te verhinderen van een produkt dat in een andere Lid-Staat door hemzelf of met zijn toestemming rechtmatig in het verkeer is gebracht.

De Commissie is van mening dat dit beginsel ook moet gelden op het gebied van het auteursrecht, voor zover de auteur zijn recht aldus uitoefent dat hij zijn werk exploiteert door daarvan reproducties te vervaardigen en te verbreiden. In zo'n geval is er geen reden de auteur anders te behandelen dan de uitvinder, die zijn octrooi-recht op dezelfde wijze exploiteert. Voorts betoogt de

Commissie dat het geldend maken van aanspraken wegens inbreuk op het auteursrecht in casu niet door artikel 36 is gedekt. Het geldend maken van een dergelijke aanspraak met betrekking tot reproducties die rechtmatig in het verkeer zijn gebracht, behoort evenmin tot het wezen van het auteursrecht als de oplegging van het verbod deze producties verder te verhandelen. De Commissie merkt op dat haar conclusie in deze zaak ook is getrokken in een arrest van het Hof van Beroep te Brussel (arrest van 26 oktober 1976, SABAM/TIME, Journal des Tribunaux 1979, blz. 407). Het arrest van het Oberlandesgericht bevat naast de auteursrechtelijke motivering de overweging, dat de nabetaling van royalty's in elk geval gerechtvaardigd is op grond dat daardoor het verschil in concurrentievoorwaarden tussen de verschillende nationale markten wordt opgeheven. Een dergelijke redenering miskent het grondbeginsel van de gemeenschappelijke markt. Weliswaar bestaan er binnen de Gemeenschap verschillende productie- en verkoopvoorwaarden voor de producten, maar de Gemeenschap stelt zich juist ten doel deze verschillen op te heffen, in die zin dat dankzij de totstandbrenging van vooral ook het vrije goederenverkeer productie en afzet alleen door economische factoren worden bepaald en niet door overheidsmaatregelen als bedoeld in artikel 30 of door maatregelen van particulier in de vorm van mededingingsbeperkingen kunstmatig worden gestuurd. Het bestaan van verschillende marktvoorwaarden is het laatste argument waarop men zich ter rechtvaardiging van handelsbeperkende maatregelen kan beroepen.

De (reeds genoemde) beschikking-GEMA van de Commissie van 2 juni 1971 is gegeven krachtens artikel 86 E.E.G.-Verdrag. De vraag van de uitputting van het auteursrecht voor een Lid-Staat tengevolge van het in het verkeer brengen in een andere Lid-Staat is uitdrukkelijk opengelaten. Overigens kan deze beschikking juridisch gezien niets veranderen aan de strekking van de artikelen 30 e.v. E.E.G.-Verdrag. Concluderend geeft de Commissie het Hof in overweging de gestelde vraag te beantwoorden als volgt: "Het is in strijd met de bepalingen inzake het vrije verkeer van goederen in de gemeenschappelijke markt, indien een tot uitoefening van de rechten van de auteur bevoegde beheersmaatschappij in een Lid-Staat aanspraken wegens inbreuk op het auteursrecht worden verleend tegen degene die aldaar producten verkoopt die in een andere Lid-Staat door de auteur of met diens toestemming in het verkeer zijn gebracht."

III. Mondelinge behandeling

Ter terechtzitting van 8 oktober 1980 zijn mondelinge opmerkingen gemaakt door requiranten in cassatie, ten deze vertegenwoordigd door A. Deringer, advocaat; de GEMA, ten deze vertegenwoordigd door O. Brandel, advocaat; de regering van de Franse Republiek, ten deze vertegenwoordigd door H. Marty-Gauquie; en de Commissie van de Europese Gemeenschappen, ten deze vertegenwoordigd door G. zur Hausen. De Franse regering merkt op dat onderscheid gemaakt dient te worden tussen de rechten van de auteurs van geestelijke werken en die van de fabrikanten van geluidsdragers.

Het recht van die fabrikanten beperkt zich tot het in de handel brengen en kan mitsdien worden gelijk gesteld met het industriële en commerciële eigendomsrecht. De auteur daarentegen beschikt over een moreel recht op grond waarvan hij onafhankelijk van economische overwegingen, de uitvoer van zgn werk naar een bepaald land kan verbieden of eventueel afhankelijk stellen van een aantal voorwaarden op grond van daaraan inherente criteria. Vervolgens merkt zij op dat in artikel 13, lid 1 van de Berner Conventie is voorzien in de mogelijkheid dat de verdragsluitende part Jen het voorbehoud maken, in hun nationale rechtsorde een stelsel van wettelijk vastgestelde maximumroyalty's te mogen invoeren, terwijl de meeste verdragsluitende partijen een stelsel van contractuele vergoedingen kennen. Het Verenigd Koninkrijk bijvoorbeeld heeft een stelsel van wettelijke vergoedingen ingevoerd. Artikel 13 van de Berner Conventie bepaalt echter ook dat "... de werking van ... alle voorwaarden van die aard strikt beperkt blijven tot het land dat ze gesteld heeft..."

De [advocaat-generaal heeft ter terechtzitting van 11 november 1980 conclusie](#) genomen.

In rechte:

2. Deze vraag is gesteld in het kader van twee gedingen tussen de GEMA, een Duitse maatschappij voor het beheer van auteursrechten, en twee ondernemingen, die in de Bondsrepubliek Duitsland geluidsdragers hebben ingevoerd waarop beschermde muziekwerken waren opgenomen. In zaak 55/80 gaat het om grammofoonplaten en musicassettes van oorsprong uit verschillende landen, waaronder lid-staten van de Gemeenschap; zaak 57/80 heeft betrekking op de invoer van een partij van 100 000 grammofoonplaten van oorsprong uit het Verenigd Koninkrijk. Vast staat dat de geluidsdragers uit andere lid-staten in deze lid-staten waren vervaardigd en in het verkeer gebracht met toestemming van de gerechtigde tot het auteursrecht op de betrokken muziekwerken, doch dat de nodige licenties door deze rechthebbenden slechts waren verleend voor verbreiding in het land van vervaardiging en de royalties op die grondslag waren berekend.

3. De GEMA heeft betoogd dat de invoer van deze geluidsdragers op Duits grondgebied een inbreuk vormt op de auteursrechten die zij namens de houders van deze rechten gehouden is te beschermen. Zij acht zich dientengevolge gerechtigd, betaling te vorderen van de voor het in het verkeer brengen op Duits grondgebied verschuldigde royalties, onder aftrek van de reeds voor verbreiding in de lid-staat van vervaardiging betaalde lagere royalties.

4. Het Bundesgerichtshof heeft vastgesteld dat de omstandigheid dat de betrokken auteurs toestemming hebben verleend tot de verveelvoudiging van hun muziekwerken in een andere lid-staat van de Gemeenschap en het in het verkeer brengen tegen betaling van op basis van het aantal verkochte exemplaren en de detailhandelsprijs in die staat berekende royalties, hen naar Duits recht niet belet om op grond van hun exclusieve exploitatierecht op de Duitse markt bij verbreiding van de geluidsdragers op deze markt, de op die markt gebruikelijke — op basis van het aantal verkoch-

te exemplaren en de detailhandelsprijs op de binnenlandse markt berekende — royalties te verlangen, onder aftrek van de reeds voor verbreiding in de lid-staat van vervaardiging betaalde royalties.

5. De nationale rechter vraagt zich echter af of een dergelijke uitoefening van de auteursrechten verenigbaar is met de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen. Teneinde hierover opheldering te verkrijgen heeft hij zich tot het Hof gewend.

6. Blijkens het dossier heeft de GEMA zich in beide gedingen voor de Duitse rechter beroepen op paragraaf 97 van het Duitse Urheberrechtsgesetz, waarin de verschillende rechtsmiddelen worden aangegeven die de auteur bij inbreuk op zijn recht ter beschikking staan, te weten rechtsvorderingen tot opheffing van de gemaakte inbreuk, tot beëindiging van het veroorzaakte ongerief en tot vergoeding van de veroorzaakte schade.

7. Bijgevolg komt de door de nationale rechter gestelde vraag erop neer, of de artt. 30 en 36 EEG-Verdrag aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen toepassing van een nationale wettelijke regeling ingevolge welke een maatschappij voor het beheer van auteursrechten, die bevoegd is de auteursrechten van de componisten van in een andere lid-staat op platen of andere geluidsdragers opgenomen werken geldend te maken, in geval die geluidsdragers op de nationale markt worden verbreid na in de lid-staat van vervaardiging door of met toestemming van de auteursrechthebbenden in het verkeer te zijn gebracht, met een beroep op die rechten betaling kan vorderen van een vergoeding ter hoogte van de bij verhandeling op de nationale markt gebruikelijke royalties, onder aftrek van de in de lid-staat van vervaardiging uitsluitend voor de verhandeling op de markt van deze lid-staat betaalde lagere royalties.

8. In de eerste plaats dient te worden beklemtoond dat geluidsdragers, ook wanneer daarop beschermde muziekwerken zijn opgenomen, produkten zijn waarvoor het in het Verdrag voorziene stelsel van het vrije verkeer van goederen geldt. Een nationale wettelijke regeling waarvan de toepassing tot een belemmering van de handel in geluidsdragers tussen de lid-staten zou leiden, moet bijgevolg worden aangemerkt als een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking in de zin van art. 30 EEG-Verdrag. Zulks is het geval wanneer een maatschappij voor het beheer van auteursrechten zich ingevolge een dergelijke wettelijke regeling kan verzetten tegen de verbreiding van geluidsdragers van oorsprong uit een andere lid-staat op grond van het door haar namens de auteursrechthebbende uitgeoefende exclusieve exploitatierecht.

9. Art. 36 EEG-Verdrag bepaalt echter dat de bepalingen van de artt. 30 t/m 34 geen beletsel vormen voor verboden of beperkingen van invoer welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom. Deze laatste uitdrukking omvat mede de door het auteursrecht geboden bescherming, met name voor zover dit recht commercieel wordt geëxploiteerd in de vorm van licenties die de verbreiding van goederen die het beschermde werk van

letterkunde of kunst belichamen, in de verschillende lid-staten nadelig kunnen beïnvloeden.

10. Volgens vaste rechtspraak van het Hof, laatstelijk het arrest van 22 juni 1976 ([zaak 119/75, Terrapin Overseas Ltd., Jur. 1976, blz. 1039](#)), kan de gerechtigde tot een in een lid-staat wettelijk beschermd recht van industriële en commerciële eigendom zich niet op de wettelijke regeling van die staat beroepen om de invoer van een produkt dat op de markt van een andere lid-staat door hemzelf of met zijn toestemming rechtmatig in het verkeer is gebracht, te verhinderen.

11. In de onderhavige procedure voor het Hof heeft de Franse regering betoogd dat deze rechtspraak niet kan worden toegepast op het auteursrecht, omdat dit de auteur o.m. de bevoegdheid biedt het vaderschap van het werk op te eisen en zich te verzetten tegen elke misvorming, vermindering of andere wijziging van dat werk of tegen elke andere aantasting daarvan, die nadeel zou kunnen toebrengen aan zijn eer of goede naam. Waar het auteursrecht derhalve een uitgebreide bescherming zou bieden, zou het niet vergelijkbaar zijn met de andere industriële en commerciële eigendomsrechten, zoals het octrooi- of merkrecht.

12. Weliswaar omvat het auteursrecht morele rechten van de door de Franse regering genoemde aard, maar het strekt zich tevens uit tot andere bevoegdheden, met name die om het in het verkeer brengen van het beschermde werk commercieel te exploiteren, in het bijzonder in de vorm van licenties die worden verleend tegen betaling van royalties. Om dit laatste — economische — aspect van het auteursrecht gaat het in de door de nationale rechter gestelde vraag, en er is geen reden om in zoverre voor de toepassing van art. 36 EEG-Verdrag onderscheid te maken tussen het auteursrecht en de andere industriële en commerciële eigendomsrechten.

13. De commerciële exploitatie van het auteursrecht vormt niet alleen een bron van inkomsten voor de rechthebbende, maar is tevens een vorm van toezicht op de verhandeling door de rechthebbende, de namens hem optredende maatschappijen voor het beheer van auteursrechten en de licentiehouders. In dit opzicht levert de commerciële exploitatie van het auteursrecht dezelfde problemen op als die van een ander recht van industriële of commerciële eigendom.

14. De door de Belgische regering en de Italiaanse regering voor het Hof verdedigde opvatting, dat bij gebreke van een harmonisatie in deze sector het territorialiteitsbeginsel van de auteursrechtelijke bepalingen altijd voorrang heeft boven dat van het vrije verkeer van goederen binnen de gemeenschappelijke markt, dient te worden verworpen. Immers het wezenlijke doel van het Verdrag, de versmelting van de nationale markten tot een enkele markt, zou niet kunnen worden bereikt indien de onderdanen van de lid-staten aan de onderscheiden rechtsstelsel dier staten de mogelijkheid ontleenden, de markt te verdelen en verkapte beperkingen van de handel tussen de lid-staten tot stand te brengen.

15. Uit het vorenoverwogene vloeit voort dat noch de auteursrechthebbende of zijn licentiehouder, noch een

namens de rechthebbende of de licentiehoudende maatschappij voor het beheer van auteursrechten, met een beroep op het door het auteursrecht verleende exclusieve exploitatierecht de invoer van geluidsdragers die in een andere lid-staat door de rechthebbende zelf of met diens toestemming rechtmatig in het verkeer zijn gebracht, kan verhinderen of beperken.

16. De GEMA heeft betoogd dat een dergelijke uitlegging van de artt. 30 en 36 EEG-Verdrag niet volstaat voor de oplossing van het probleem waarvoor de nationale rechterlijke instantie zich gesteld ziet, aangezien de vordering van de GEMA voor de Duitse rechter niet het verbod of de beperking van de verhandeling van de betrokken grammofoonplaten en musicassettes op Duits grondgebied zou betreffen, maar de gelijkheid van de voor de verbreiding van die geluidsdragers op de Duitse markt betaalde vergoedingen. De gerechtigde tot een auteursrecht op een opgenomen muziekwerk zou er een rechtmatig belang bij hebben om de vruchten te plukken van zijn intellectuele of artistieke prestatie, ongeacht de omvang van de verbreiding van zijn werk; bijgevolg zou hem niet het recht kunnen worden ontzegd, vergoedingen te vorderen gelijkwaardig aan die welke in het land van verhandeling worden betaald.

17. Om te beginnen zij opgemerkt dat de vraag van de nationale rechter betrekking heeft op de rechtsgevolgen van de inbreuk op het auteursrecht. Waar de GEMA op grond van de betrokken nationale wettelijke regeling vergoeding van de door die inbreuk veroorzaakte schade heeft gevorderd, doet het er niet toe of het door haar gevorderde bedrag aan de hand van het verschil tussen de voor de verbreiding op de nationale markt te betalen en de in het land van vervaardiging betaalde royalties dan wel anderszins wordt berekend. Haar vorderingen zijn in ieder geval gebaseerd op het exclusieve exploitatierecht van de auteursrechthebbende, op grond waarvan deze het vrije verkeer van de produkten waarop het beschermde muziekwerk is opgenomen, mag verbieden of beperken.

18. Vervolgens zij opgemerkt dat een nationale wettelijke bepaling een met het beheer van auteursrechten belaste onderneming, die daarvoor op het grondgebied van een lid-staat een feitelijk monopolie heeft, niet mag toestaan een heffing toe te passen op produkten die zijn ingevoerd uit een andere lid-staat, waar zij door de auteursrechthebbende of met diens toestemming in het verkeer zijn gebracht, om aldus een afscherming binnen de gemeenschappelijke markt tot stand te brengen. Een dergelijke praktijk zou erop neerkomen dat een particuliere onderneming bij de invoer van geluidsdragers die zich reeds binnen de gemeenschappelijke markt in het vrije verkeer bevinden, een belasting wegens grensoverschrijding van die produkten zou mogen invoeren, en bijgevolg leiden tot bekrachtiging van het isolement van de nationale markten, dat het Verdrag beoogt op te heffen.

19. Uit het voorgaande volgt dat dit betoog van de GEMA dient te worden verworpen, omdat het onvere-

nigbaar is met de werking van de gemeenschappelijke markt en de doelstellingen van het Verdrag.

20. De GEMA en de Belgische regering hebben voor het Hof opgemerkt dat een stelsel van vrij verkeer van geluidsdragers in ieder geval ontoelaatbaar is waar het gaat om in het Verenigd Koninkrijk vervaardigde geluidsdragers, aangezien ingevolge Section 8 van de Britse auteurswet (Copyright Act) wettelijke licenties zouden worden verleend tegen betaling van een lagere vergoeding, en de uitbreiding van een dergelijke wettelijke licentie tot andere landen in strijd zou zijn met de bepalingen van de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst.

21. Vorengenoemd art. 8 bepaalt in hoofdzaak dat op het auteursrecht van de componist van een muziekwerk geen inbreuk wordt gemaakt door de vervaardiging van een geluidsdrager waarop dit werk is opgenomen, indien het werk reeds in het Verenigd Koninkrijk door de auteur of met diens toestemming op een geluidsdrager is opgenomen om in het verkeer te worden gebracht en de fabrikant bovendien de auteur in kennis stelt van zijn voornemen het werk voor de verkoop op te nemen, en hem royalties ter hoogte van 6,25% van de detailhandelsprijs van de geluidsdrager betaalt.

22. Blijkens het dossier leidt deze regeling in de praktijk ertoe dat de royalties voor de vervaardiging van geluidsdragers immer op 6,25% van de detailverkoop-prijs worden vastgesteld, aangezien geen enkele licentienemer bereid is een hoger tarief overeen te komen. Het tarief van 6,25% is aldus in feite gaan gelden als het tarief waartegen contractuele licenties worden overeengekomen, zodat de Britse wettelijke regeling een plafonnering van de aan de auteursrechthebbenden toegekende vergoedingen tot gevolg heeft.

23. Indien derhalve een maatschappij voor het beheer van auteursrechten, die namens een rechthebbende het exclusieve exploitatierecht uitoefent, het verschil vordert tussen het betaalde tarief van 6,25% en het op haar nationale markt geldende tarief, tracht zij in werkelijkheid de werking van de uit de omstandigheden in het Verenigd Koninkrijk voortvloeiende prijsverschillen op te heffen en aldus de importeurs van geluidsdragers het economisch voordeel te ontnemen dat zij aan de totstandbrenging van de gemeenschappelijke markt ontnemen.

24. Zoals het Hof reeds in een ander verband — in het arrest van 31 okt. 1974 (zaak 15/74, Centrafarm I) — heeft vastgesteld, vermag een verschil tussen de nationale wettelijke regelingen waardoor de mededinging tussen de lid-staten kan worden vervalst, niet het feit te rechtvaardigen dat een lid-staat wettelijke bescherming verleent aan praktijken van een particuliere instelling die onverenigbaar zijn met de voorschriften inzake het vrije verkeer van goederen.

25. Voorts dient te worden opgemerkt dat de auteur in het kader van de gemeenschappelijke markt, die wordt gekenmerkt door het vrije verkeer van goederen en het vrij verrichten van diensten, rechtstreeks of door tussenkomst van zijn uitgever in een willekeurige lid-staat vrij de plaats kan kiezen waar hij zijn werk in het verkeer brengt. Bij deze keuze kan hij zijn eigen belang

laten prevaleren, waarbij niet alleen de hoogte van de in de betrokken lid-staat gewaarborgde vergoeding een rol speelt, maar ook andere factoren zoals bijv. de verbredingsmogelijkheden van zijn werk en de verhandelingsfaciliteiten, die overigens dank zij het vrije verkeer van goederen binnen de Gemeenschap zijn toegenomen. Bijgevolg mag het een maatschappij voor het beheer van auteursrechten niet vrijstaan, bij invoer in een andere lid-staat een aanvullende vergoeding te vorderen op grond dat het bedrag van de vergoedingen van lid-staat tot lid-staat verschilt.

26. Uit het voorgaande volgt dat de verschillen die bij gebreke van een harmonisatie van de nationale voorschriften inzake de commerciële exploitatie van auteursrechten nog bestaan, niet mogen worden aangegrepen om het vrije verkeer van goederen in de gemeenschappelijke markt te belemmeren.

27. Bijgevolg dient op de vraag van het Bundesgerichtshof te worden geantwoord dat de artt. 30 en 36 EEG-Verdrag moeten aldus worden uitgelegd, dat zij zich verzetten tegen toepassing van een nationale wettelijke regeling ingevolge welke een maatschappij voor het beheer van auteursrechten, die gemachtigd is de auteursrechten van de componisten van in een andere lid-staat op platen of andere geluids-dragers opgenomen werken geldend te maken, ingeval deze geluidsdragers op de nationale markt te koop worden aangeboden na in die andere lid-staat door of met toestemming van de gerechtigden tot het auteursrecht in het vrije verkeer te zijn gebracht, met een beroep op die rechten betaling kan verlangen van een vergoeding ter hoogte van de bij verhandeling op de nationale markt gebruikelijke royalties, onder aftrek van lagere royalties welke in de lid-staat van vervaardiging zijn betaald.

Conclusie Advocaat-Generaal Warner

Deze twee zaken zijn bij het Hof aanhangig gemaakt bij wege van verzoeken van het Bundesgerichtshof om een prejudiciële beslissing. In elk daarvan is verweerder in de procedures voor het Bundesgerichtshof de GEMA, voluit: de Gesellschaft für Musikalische Auführungs- und Mechanische Vervielfältigungsrechte. Verzoekster in zaak 55/80 is de firma Musik-Vertrieb Membran GmbH, die te Hamburg een bedrijf heeft voor de invoer en distributie van grammofoonplaten, en in zaak 57/80 de firma K-tel International GmbH, met een zelfde bedrijf te Frankfurt-am-Main. Het geschilpunt tussen GEMA en verzoeksters is in wezen, of de laatste de GEMA royalty's verschuldigd zijn voor het auteursrecht op muziekwerken, opgenomen op grammofoonplaten die uit andere Lid-Staten in de Bondsrepubliek Duitsland worden ingevoerd. Zoals bekend is de GEMA een Duits bemiddelingsbureau voor auteursrechten. Haar taak is — voor zover in casu van belang — het behartigen van de belangen van muziek-auteurs. Zij is lid van de BIEM (Bureau International des Sociétés gérant les Droits d'Enregistrement et de Reproduction mécanique) waarbij bemiddelingsbureaus in vele landen, waaronder alle bureaus van dien aard in

de Lid-Staten van de Gemeenschap, zijn aangesloten. Tussen de leden van de BIEM onderling en tussen hen en de fabrikanten van geluidsdragers, die lid zijn van de IFPI (International Federation of the Phonographic Industry), bestaat een netwerk van overeenkomsten krachtens welke nagenoeg het gehele wereldrepertoire van muziekwerken, onderworpen aan auteursrechten, wordt beschermd.

Bij de processtukken bevinden zich twee standaardcontracten — het ene gebruikt door de GEMA en het andere door andere leden van de BIEM — voor het verlenen van licenties aan grammofoonplatenfabrikanten om grammofoonplaten van werken uit dat repertoire te vervaardigen en te verkopen. Deze standaardcontracten bepalen dat de fabrikant zijn productie geheel of gedeeltelijk mag exporteren, en stellen de royaltyperecentages vast die hij over de door hem vervaardigde grammofoonplaten, naar gelang van hun bestemming, verschuldigd is. Het GEMA-standaardcontract bepaalt onder punt 10 dat de fabrikant over grammofoonplaten bestemd voor verkoop in de Bondsrepubliek Duitsland, een royalty zal betalen van 8% van de Duitse kleinhandelsprijs, behoudens eventuele, in het contract opgenomen afwijkingen naar boven of naar beneden. Volgens punt 11 zijn, algemeen gesproken en behoudens uitzonderingen, in geval van export de royalty's verschuldigd die gewoonlijk door fabrikanten in het land van bestemming worden betaald. Het BIEM-standaardcontract bepaalt in artikel V juncto bijlage IV, voor zover hier van belang, dat 1) op het Europese vasteland de royalty 8% bedraagt van de kleinhandelsprijs van de grammofoonplaat in het betrokken land; 2) in landen waar de royalty's bij wet worden vastgesteld, voor de onder de licentie vallende werken in alle opzichten de condities gelden die door de fabrikanten van deze landen voor de werken van het nationale repertoire worden geboden. Ook hier zijn voor bijzondere gevallen afwijkingen naar boven of naar beneden voorzien. In de bij het Hof ingediende opmerkingen wordt ervan uitgegaan, dat de royalty's in alle Lid-Staten van de Gemeenschap behalve het Verenigd Koninkrijk en Ierland 8% of daaromtrent van de plaatselijke kleinhandelsprijs bedragen. De situatie in het Verenigd Koninkrijk is anders als gevolg van section 8 van de Copyright Act 1956. Deze section, met als kopje in de marge van de wetstekst: "Bijzondere uitzondering voor muziekopnamen", bepaalt kort gezegd dat zodra grammofoonplaten door of met toestemming van de houder van het auteursrecht op het werk in het Verenigd Koninkrijk zijn vervaardigd of ingevoerd met het oog op de verkoop en detail, elke andere fabrikant zonder inbreuk te maken op het auteursrecht grammofoonplaten van het werk mag vervaardigen voor de verkoop en detail na de houder van het auteursrecht van zijn voornemen in kennis te hebben gesteld en tegen betaling aan hem van een royalty van 6,25% van de normale detailverkoopprijs van elke grammofoonplaat, met een minimum van drie farthings (nu 0,313 p) per exemplaar. Section 8 blijkt in de praktijk ertoe te leiden dat geen fabrikant in het Verenigd Koninkrijk zal instemmen met een hogere royalty dan 6,25%, omdat hij

anders het risico loopt dat de concurrentie tegen een lagere prijs verkoopt. Het belang van de section ligt dus schijnbaar niet in de werkelijke toepassing van het wettelijk licentiestelsel — want het aantal gevallen waarin het wordt toegepast, is blijkbaar gering — maar in zijn invloed op licentieonderhandelingen. De section legt een plafond vast, waarboven een voorzichtig fabrikant niet zal gaan (vergelijk het rapport van de Committee to consider the Law on Copyright and Designs, Cmnd. 6732, 1977, het "Whitford Report", hoofdstuk 6). Subsection (3) van section 8 verleent de Board of Trade (thans het Department of Trade) de bevoegdheid om, na goedkeuring bij een resolutie van elk van beide kamers van het parlement, het wettelijke royaltypercentage te wijzigen, indien uit een openbaar onderzoek blijkt dat het niet langer billijk is. Een dergelijk onderzoek is verricht in 1976 en 1977, doch heeft niet geleid tot een aanbeveling om het normale percentage van 6,25% of het minimum van 0,313 p te wijzigen. Tijdens dat onderzoek werden gegevens verzameld over de situatie in drie andere Lid-Statens — de Bondsrepubliek Duitsland, Frankrijk en Nederland —, waar de BIEM-contracten worden toegepast. Vastgesteld werd dat ten gevolge van afwijkingen van het basistarief van 8% het gemiddelde feitelijke royaltypercentage in die Lid-Statens lager was dan 8%: 7,18% in de Bondsrepubliek, 7,01% in Frankrijk en 6,96% in Nederland (vgl. onderzoeksrapport Cmnd. 6903, 1977, inzonderheid blz. 14—15 en 37). Het Ierse stelsel, ingevoerd bij de Copyright Act 1963, is gelijk aan het Britse, maar met één belangrijke uitzondering. Evenals section 8 van de Britse Act van 1956, bepaalt section 13 van de Act van 1963, dat een fabrikant die va^ai een muziekwerk grammofoonplaten vervaardigt voor de verkoop en detail, geen inbreuk maakt op het auteursrecht op dat werk, indien door of met toestemming van de houder van het auteursrecht eerder grammofoonplaten daarvan in Ierland zijn gefabriceerd of ingevoerd voor de verkoop en detail en indien de fabrikant de houder van het auteursrecht in kennis heeft gesteld van zijn voornemen de grammofoonplaten te vervaardigen. Het verschil is dat de fabrikant krachtens de Ierse Act verplicht is de houder van het auteursrecht "een billijke royalty" te betalen. Wat een billijke royalty is, zegt de Act niet, doch hij bepaalt dat, zo partijen het oneens zijn over de hoogte ervan, elk van hen het geschil kan voorleggen aan de Controller of Industrial and Commercial Property, die het bedrag zelf kan bepalen dan wel de zaak naar een scheidsman verwijzen. Wanneer deze procedure wordt gevolgd, mag de fabrikant het vervaardigen van de grammofoonplaten intussen voortzetten, mits hij de houder van het auteursrecht een voorschot op de royalty's betaalt ten belope van 5% van de normale kleinhandelsverkoopprijs van elke grammofoonplaat. Zodra het bedrag van de royalty's is vastgesteld, moet de fabrikant de auteursrechthebbende betalen of kan hij eventueel het verschil tussen de 5% en het vastgestelde bedrag van hem terugvorderen (zie de sections 13 (2), 31 en 41 van de Act). Ons is niet bekend hoe dit stelsel in de praktijk werkt. Alvorens over te gaan tot de feiten van de onderhavige zaken,

moet ik nog melding maken van een tot de GEMA gericht beschikking van de Commissie van 2 juni 1971 (nr 71/224/EEG - Pb 1971, L 134, blz. 15): een beschikking krachtens artikel 86 E.E.G.-Verdrag, genomen na een procedure krachtens verordening nr 17. Daarin stelde de Commissie vast, dat de GEMA een onderneming was met een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt (te weten de Bondsrepubliek Duitsland) en dat zij deze positie op tal van manieren had misbruikt. Een daarvan was dat zij van Duitse importeurs de volledige royalty's van 8% over uit andere Lid-Statens ingevoerde grammofoonplaten vorderde, ofschoon voor dergelijke grammofoonplaten reeds royalty's waren betaald aan de GEMA zelf of aan andere bemiddelingsbureaus. Daarbij verklaarde de Commissie dat "deze beschikking de GEMA niet verhindert, eventueel van importeurs het verschil tussen de lagere licentievergoeding in het land van herkomst en de in Duitsland gebruikelijke hogere vergoeding te verlangen." In wezen gaat het er in deze twee zaken om, of en in hoeverre bij invoer van geluidsdragers uit de ene Lid-Staat in een andere het vorderen van een aanvullende vergoeding als door de Commissie in deze beschikking bedoeld, te verenigen is met de bepalingen van het Verdrag betreffende het vrije verkeer van goederen, los van de vraag of artikel 86 toepassing vindt.

In zaak 55/80 liggen de feiten als volgt. In 1974 publiceerde de firma Musik-Vertrieb Membran GmbH (hierna "Musik-Vertrieb") een prijslijst waaruit de GEMA concludeerde dat Musik-Vertrieb in Duitsland uit het buitenland, voornamelijk uit de VS geïmporteerde grammofoonplaten in de handel bracht, voor de verbreiding waarvan in Duitsland geen licentie was verleend. De GEMA dagvaardde Musik-Vertrieb voor het Landgericht Hamburg en vorderde dat haar een gedetailleerd overzicht zou worden verstrekt van alle door Musik-Vertrieb sedert 1 april 1973 ingevoerde geluidsdragers, en dat haar het bedrag zou worden voldaan dat daaruit mocht blijken haar te zijn verschuldigd op basis van de door de GEMA gepubliceerde royaltyschalen. De GEMA baseerde haar vordering op § 97, lid 1, van het Urheberrechtsgesetz (Wet op het auteursrecht) van 9 september 1965, dat bepaalt: "Tegen eenieder die wederrechtelijk inbreuk maakt op het auteursrecht of een ander krachtens deze wet beschermd recht, kan door de benadeelde partij een vordering worden ingesteld tot beëindiging van de inbreuk, bij gevaar van herhaling tot het afzien daarvan en, wanneer hem opzet of nalatigheid kan worden verweten, ook tot schadevergoeding. In plaats van schadevergoeding kan de gelaedeerde afgifte van de voordelen die de inbreukmaker door de inbreuk van het recht heeft verkregen, en rekening en verantwoording over deze voordelen verlangen." Tijdens de procedure voor het Landgericht bleek dat sommige van de betrokken grammofoonplaten waren geïmporteerd uit andere Lid-Statens van de Gemeenschap. Ten aanzien daarvan verklaarde de GEMA dat zij alle reeds in deze Lid-Statens betaalde royalty's zou crediteren, en slechts het verschil zou vorderen tussen deze en de op basis van haar schalen

berekende royalty's over de Duitse detailverkooprijzen die, naar zij stelde, op het betrokken tijdstip de hoogste waren in de Gemeenschap. Het Landgericht besliste ten gunste van de GEMA en bij interlocutoir vonnis van 18 juni 1976 gelastte het Musik-Vertrieb het door de GEMA geëiste overzicht, behoudens een onbelangrijke wijziging, te verstrekken. Musik-Vertrieb ging van het vonnis in beroep bij het Hanseatische Oberlandesgericht, dat bij vonnis van 5 mei 1977 de beslissing van het Landgericht bevestigde. Musik-Vertrieb is thans in beroep gekomen bij het Bundesgerichtshof en dit heeft bij beschikking van 19 december 1979 het Hof van Justitie een vraag voorgelegd die hierop neerkomt: wanneer opnamen van een muziekwerk waarop auteursrecht rust, in een Lid-Staat zijn geproduceerd en in het verkeer gebracht krachtens een tot die Lid-Staat beperkte licentie en tegen betaling van een op basis van de hoeveelheid en de uiteindelijke verkoopprijs in deze Lid-Staat berekende vergoeding, is het dan te verenigen met de verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen (artikel 30 e.v.) dat een bemiddelingsbureau voor auteursrechten in een andere Lid-Staat met een beroep op het auteursrecht in die Lid-Staat voor het aldaar in de handel brengen van de opnamen een vergoeding vordert gelijk aan het verschil tussen de aldaar gebruikelijke royalty's en de reeds in de eerste Lid-Staat betaalde (lagere) royalty's? Kenmerkend voor zaak 55/80 is, dat in de vertogen voor het Hof ervan wordt uitgegaan dat de betrokken importen alle uit het Verenigd Koninkrijk afkomstig waren, ofschoon geen van de vonnissen of beschikkingen van de betrokken Duitse rechterlijke instanties een aanduiding bevatten dat zulks het geval was. De feiten in zaak 57/80 zijn eenvoudiger. In maart 1976 importeerde de firma K-tel International GmbH (hierna "K-tel") 100.000 exemplaren van een langspeelplaat, getiteld "25 Rockin' and Rollin' Greats", uit het Verenigd Koninkrijk in de Bondsrepubliek Duitsland. Op de op die plaat opgenomen muziekwerken rustte auteursrecht, waarvan de bescherming in het Verenigd Koninkrijk was toevertrouwd aan de Mechanical Copyright Protection Society Ltd. ("MCPS"). De MCPS had aan K-tel International Ltd., een zusterbedrijf van K-tel, een licentie verleend om de onderhavige muziekwerken in het Verenigd Koninkrijk op te nemen en te verbreiden tegen een vergoeding van 6,25% van de normale verkoopprijs van de plaat in het Verenigd Koninkrijk. Na te hebben vernomen dat sommige van de platen waarvoor de licentie was verleend, naar de Bondsrepubliek Duitsland zouden worden of waren uitgevoerd, trachtte MCPS van K-tel International Ltd. voor deze platen betaling te verkrijgen van een bedrag gelijk aan het verschil tussen de Britse en de gewoonlijk in de Bondsrepubliek Duitsland betaalde royalty's. Toen dit mislukte, stelde MCPS de GEMA op de hoogte, die K-tel dagvaardde voor het Landgericht Frankfurt. Ook in dit geval baseerde de GEMA haar vordering op 97 Urheberrechtsgesetz. Zij stelde dat K-tel inbreuk ad gemaakt op het auteursrecht van de componisten van de onderhavige werken en vorderde een bedrag van DM 156.192,75 met rente, gelijk aan het verschil tussen het totale bedrag van de in

het Verenigd Koninkrijk over de betrokken platen betaalde royalty's en de royalty's, berekend door toepassing van de GEMASchaal op de Duitse verkoopprijs.

Bij vonnis van 30 maart 1977 wees het Landgericht de vordering van GEMA toe. In hoger beroep voor het Oberlandesgericht Frankfurt/Main wederom in het ongelijk gesteld, is K-tel thans in beroep gekomen bij het Bundesgerichtshof, dat het Hof dezelfde vraag heeft gesteld als in zaak 55/80. In beide verwijzingsbeschikkingen merkt het Bundesgerichtshof op, dat zijns inziens en uitsluitend gelet op Duits recht, de beslissingen van de lagere rechters juist waren. ^ Alvorens over te gaan tot de vragen waarop het Hof in feite heeft te beslissen, moet ik kort aandacht schenken aan een argument van de GEMA, inhoudende dat zij mocht afgaan op de eerder genoemde beschikking van de Commissie 2 juni 1971 en op het feit dat zij (de GEMA) sinds deze beschikking en op basis daarvan zonder tegenspraak soortgelijke aanvullende vergoedingen heeft geïnd als thans in geding zijn. Dit argument berust mijns inziens op een misvatting.

In de beschikking van de Commissie ging het alleen en kon het ook alleen maar gaan om de toepassing van artikel 86 E.E.G.-Verdrag. Artikel 30 wordt er zelfs niet in genoemd. In elk geval kon de beschikking de appellanten in de onderhavige zaken niet binden, laat staan dat zij het Hof kunnen binden.

De eerste vraag waarover het Hof zich dient uit te spreken, is of artikel 30 E.E.G.-Verdrag in een situatie als de onderhavige wel van toepassing kan zijn. Ten deze beklemt de GEMA dat zij met haar acties niet de invoer in de Bondsrepubliek Duitsland van in het Verenigd Koninkrijk vervaardigde platen wil verbieden of beperken, doch dat zij op die platen een geldelijke last wil toepassen ter compensatie van het lagere niveau van de in het Verenigd Koninkrijk haalbare royalty's. Het toepassen van zulk een last is volgens de GEMA geen kwantitatieve beperking of maatregel van gelijke werking. In haar schriftelijke opmerkingen ondersteunt de Italiaanse regering dit argument.

Op het eerste gezicht is het een sterk argument, maar het komt mij voor dat het, vanuit het standpunt van de GEMA te veel bewijst. Het lijkt geen twijfel dat de verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen onderscheid maken tussen twee elkaar uitsluitende categorieën van handelsbelemmeringen. De ene omvat "douanerechten en heffingen van gelijke werking", waarop de artikelen 12-17 E.E.G.-Verdrag betrekking hebben; de andere de "kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking", bedoeld in de artikelen 30—37. Evenmin lijkt het twijfel dat in het algemeen een geldelijke last die wegens grensoverschrijding op goederen wordt opgelegd, een douanerecht of een heffing van gelijke werking is, zelfs wanneer deze last niet ten behoeve van de staat wordt geheven, zolang zij maar wordt geheven krachtens een nationale wettelijke regeling — er zijn talrijke arresten van het Hof in deze zin —, en § 97, lid 1, Urheberrechtsgesetz is stellig een nationale wettelijke regeling. Het staat echter buiten kijf dat ten aanzien van een dou-

anerecht of heffing van gelijke werking geen beroep op artikel 36 E.E.G.- Verdrag kan worden gedaan — zie de zaken 7/68 (Commissie/Italië, Jurispr. 1968, blz. 569), 29/72 (Marimex, Jurispr. 1972, blz. 1309) en 46/76 (Bauhuis, Jurispr. 1977, blz. 5). Het argument van de GEMA zou dus logischerwijze tot de conclusie leiden dat hetgeen zij wil bereiken, ten stelligste verboden is door het Verdrag, ongeacht of het gerechtvaardigd is uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom als bedoeld in artikel 36. Aan deze conclusie zou binnen het betoog van de GEMA slechts kunnen worden ontkomen indien men van oordeel is dat een dergelijke geldelijke last in het geheel niet een handelsbelemmering is van het soort dat in het Verdrag wordt bedoeld.

Ter terechtzitting heeft de Franse regering inderdaad iets dergelijks betoogd. Haar redenering steunt, als ik het goed begrijp, op het feit dat in de wettelijke regelingen van de meeste Lid-Statens en stellig in de opvatting van de Berner Conventie, waarbij alle Lid-Statens partij zijn, het auteursrecht van een schrijver of componist twee elementen omvat: "economische" en "morele" rechten. Economische rechten stellen de auteur of componist in staat zijn werk te gelde te maken, en de Franse regering erkent dat zij niet verschillen van andere soorten industriële of commerciële eigendomsrechten. Morele rechten evenwel, aldus de Franse regering, zijn onvervreemdbaar en geven de auteur of componist in alle omstandigheden net recht beperkingen op te leggen aan het gebruik dat van zijn werk wordt gemaakt, met inbegrip van beperkingen van het vrije verkeer van opnamen ervan. Het komt mij voor dat dat argument ongegrond is. Zoals duidelijk blijkt uit artikel 6bis van de Berner Conventie, zijn de morele rechten van een auteur of componist (i) het recht "om het vaderschap van het werk op te eisen" en (ii) het recht "om zich te verzetten tegen elke misvorming, vermindering of andere wijziging van dat werk of tegen elke andere aantasting daarvan, die nadeel zou kunnen toebrengen aan zijn eer of goede naam." (Aldus de laatste versie van de Conventie, voortvloeiende uit de revisie van Parijs van 1971, waaraan vier Lid-Statens, te weten de Bondsrepubliek Duitsland, Frankrijk, Luxemburg en Nederland²) gebonden zijn. De Brusselse tekst van 2) Statens die bij de Berner Conventie, Parijse tekst zijn aangesloten. Er is hier een misverstand. Het Koninkrijk der Nederlanden heeft de Berner Conventie, laatstelijk herzien te Parijs op 24 juli 1971, weliswaar bekrachtigd, maar onder de verklaring overeenkomstig artikel 28, eerste lid, letter b van de Conventie dat de bekrachtiging niet betreft de artikelen 1 tot en met 21 van de Conventie en het Aanhangsel (vergelijk Tractatenblad 1974, nr 227, blz. 2, tekst en noot 2). Nederland heeft dus met name niet het hierboven genoemde artikel 6bis bekrachtigd en is daaraan dus niet gebonden. Wel is er reeds een ontwerp van wet tot goedkeuring van een deel (d.w.z. de vermelde artikelen 1-21 en het Aanhangsel) van de Conventie ingediend {Bijlagen 1948, waaraan de andere Lid-Statens gebonden zijn, wijkt, voor zover hier van belang, inhoudelijk daarvan niet af).

Met alle respect voor de Franse regering kan ik voor wat mij betreft, niet zien hoe de enkele invoer uit de ene Lid-Staat in een andere van grammofoonplaten die in de eerste Lid-Staat met toestemming van de componist van het werk zijn vervaardigd, inbreuk zou kunnen maken op die morele rechten. Bovendien zij opgemerkt dat aanvaarding van het betoog van de Franse regering tot de conclusie zou leiden dat een componist gerechtvaardigd is de uitvoer van grammofoonplaten van zijn werk uit een Lid-Staat naar een andere geheel te verbieden, hetgeen meer is dan de GEMA vordert en wat duidelijk onverenigbaar is met het begrip gemeenschappelijke markt. In werkelijkheid baseert de GEMA zich in deze zaken op de economische en niet op de morele rechten van de componist. Blijft de moeilijkheid dat het op het eerste gezicht onjuist lijkt, het opleggen van een geldelijke last aan te merken als een "kwantitatieve beperking of maatregel van gelijke werking." Dit probleem wordt volgens mij niet opgelost door te verwijzen naar de bekende definitie van "maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen" — door het Hof gegeven in zaak 8/74 (Dassonville, Jurispr. 1974, blz. 837) en sindsdien dikwijls herhaald — omdat deze definitie letterlijk geïnterpreteerd ruim genoeg is om alle douanerechten en heffingen van gelijke werking te omvatten, hetgeen duidelijk niet de bedoeling ervan was. In zaak 74/76 (Iannelli, Jurispr. 1977, blz. 557, r.o. 9) verklaarde het Hof mijns inziens terecht: "Het toepassingsgebied van artikel 30, hoe uitgestrekt het ook moge zijn, omvat niet de belemmeringen die onder andere bijzondere bepalingen van het Verdrag vallen . . . Aldus vallen belemmeringen van fiscale aard of met gelijke werking, zoals bedoeld in de artikelen 9 tot 16 en 95 van het Verdrag, niet onder het verbod van artikel 30." Het antwoord op het raadsel is mijns inziens dit. Allereerst moet men beseffen dat wanneer artikel 30 spreekt van een "maatregel", daarmee een maatregel van een Lid-Staat wordt bedoeld en niet een maatregel van een particulier (zie bijvoorbeeld zaak 7/68, Commissie/Italië (reeds aangehaald), waarin het Hof over het hoofdstuk van het Verdrag, waartoe de artikelen 30 en 34 behoren, zei "dat bedoeld hoofdstuk handelt over het ingrijpen der Lid-Statens in de handel binnen de Gemeenschap door middel van maatregelen die het karakter dragen van algehele of gedeeltelijke beperkingen van de invoer, de uitvoer en de doorvoer-(J) vervolg) Handelingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal zitting 1980/1, nr 16 739). Indien en zodra dit ontwerp kracht van wet zal hebben verkregen, is de Nederlandse Regering gemachtigd die artikelen en dat Aanhangsel te bekrachtigen. Na die bekrachtiging kunnen die artikelen en het Aanhangsel voor Nederland in werking treden en daarom Nederland binden. Niet alleen de Bondsrepubliek Duitsland, Frankrijk en Luxemburg, maar ook Denemarken sinds 30 juni 1979 en sinds 14 november 1979 Italië zijn aan de volledige herziene tekst van Parijs van de Berner Conventie gebonden. Griekenland is sinds 8 maart 1976 aan die tekst gebonden. Maar de Advocaat-Generaal behoeft dat in zijn conclusie van 11 november 1980 nog niet te vermelden, omdat Griekenland eerst daarna, namelijk op 1

januari 1981, Lid van de E.E.G. is geworden. De overige drie E.E.G.-Staten, namelijk België, Groot-Brittannië en Ierland, hebben zich nog niet bij de Parijse tekst van de Berner Conventie aangesloten. Een en ander blijkt uit officiële mededelingen in het internationale tijdschrift *Le Droit d'auteur* (Genève) januari—september 1981. v.d. Z. handel; dat artikel 36 . . . uitsluitend op zodanige maatregelen doelt." Zie ook de "Dassonvüle-definitie", waarin wordt gesproken over "handelsregelingen der Lid-Staten", alsmede de conclusie van advocaat-generaal Trabucchi in de zaken 15 en 16/74 (Centrafarm I en Centrafarm II, Jurispr. 1974, blz. 1178)3), waarin hij verklaarde ". . . de maatregel van gelijke werking is de nationale wet zelf."). In de onderhavige zaken is de relevante "maatregel" dus niet de vordering van de GEMA, maar § 97, lid 1, Urheberrechtsgesetz. In de tweede plaats moet men het Verdrag mijns inziens in zijn geheel beschouwen, en met een juist oog voor het probleem waarmee de opstellers ervan werden geconfronteerd toen het erom ging een regeling te vinden voor de industriële en commerciële eigendom in verband met het vrije verkeer van goederen. Octrooien, merken, auteursrecht en andere soorten industriële en commerciële eigendom hebben als fundamenteel kenmerk gemeen dat zij de eigenaar het eigenmachtig gebruik ervan door anderen en in het bijzonder de handel in inbreukmakende goederen kunnen beletten. Voor de verdragsauteurs was het dan ook vanzelfsprekend om, in het gedeelte over het vrije verkeer van goederen (titel I van het Tweede deel) de industriële en commerciële eigendom juist te behandelen in het hoofdstuk betreffende de afschaffing van kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking (hoofdstuk 2). Een eis tot schadevergoeding of een andere vorm van geldelijke genoegdoening wegens inbreuk op een octrooi, een merk, een auteursrecht of een ander industrieel of commercieel eigendomsrecht, draagt naar zijn aard een subsidiair karakter. Het onderstelt in het algemeen het bestaan van een omvangrijker recht om de inbreuk zelf te beletten. Dit wordt geïllustreerd door de tekst van § 97, lid 1, Urheberrechtsgesetz, die de gelaedeerde partij allereerst het recht geeft van de inbreukmaker te eisen dat deze aan de inbreuk een einde maakt en wanneer er kans op herhaling bestaat, dat hij dat nalaat. Het recht om schadevergoeding of verantwoording over en afdracht van onrechtmatig verkregen voordelen te eisen, wordt slechts subsidiair en voor bepaalde omstandigheden toegekend. Appellanten hebben er mijns inziens terecht op gewezen dat de door de GEMA in deze zaken gevorderde bedragen eigenlijk geen royalty's zijn — zij worden immers niet krachtens een overeenkomst gevorderd van licentiehouders —, maar bedragen die op de wettelijke grondslag van inbreuk op auteursrecht worden gevorderd van onafhankelijke importeurs. Om deze redenen ben ik van mening dat artikel 30 hier van toepassing is. In deze opvatting wordt ik gesterkt door het arrest van het Hof van Beroep te Brussel in de zaak Sabam/Time Limit (26 oktober 1978, JT 1979, blz. 407), waarop appellanten en de Commissie onze aandacht hebben gevestigd. In logische volgorde is de

tweede vraag, of artikel 36 E.E.G.-Verdrag van toepassing is. Daarover kan ik kort zijn. De vraag stelt zich alleen, omdat in de terminologie van de rechtsstelsels van sommige Lid-Staten het auteursrecht geen "industriële of commerciële eigendom" is, maar "intellectuele of artistieke eigendom". In mijn conclusie in de zaken 52 en 62/79 (Coditel e.a., nog niet gepubliceerd) heb ik de opvatting verkondigd dat in de context van artikel 36 aan de zinsnede "industriële en commerciële eigendom" een zodanige uitlegging ware te geven, dat het auteursrecht daaronder begrepen is. Ik hoef niet te herhalen wat ik daar heb gezegd. Er is gesuggereerd dat uit de bewoordingen van rechtsoverweging 15 van 's Hofs arrest in zaak 62/79 zou kunnen worden afgeleid dat het Hof deze opvatting deelde. In alle geval heeft niemand in de onderhavige zaken betoogd dat het auteursrecht buiten de werkingsfeer van artikel 36 valt, integendeel ter terechtzitting hebben partijen unaniem gesteld dat het onder de bescherming van dat artikel valt.

Daarvan uitgaande is de volgende vraag: wat is de werking van artikel 36?

De werking ervan voor wat octrooien en merken betreft, is verduidelijkt in een reeks arresten van het Hof, die zo bekend zijn, dat ik ze niet behoef te noemen. Wat ingevolge die arresten rechtens is, is door het Hof in zijn arrest in zaak 119/75 (Terrapin/ Terranova, Jurispr. 1976, blz. 1039)4) overzichtelijk samengevat als volgt: "Overwegende dat ingevolge de verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen, en inzonderheid artikel 30, invoerbepalingen en alle maatregelen van gelijke werking tussen de Lid-Staten zijn verboden; dat naar luid van artikel 36 deze bepalingen evenwel geen beletsel vormen voor verboden of beperkingen van de invoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom; dat echter zowel uit dit artikel zelf - en met name de tweede zin ervan - als uit de context volgt dat ofschoon het Verdrag de krachtens de wetgeving van een Lid-Staat verkregen rechten op dit gebied van de industriële en commerciële eigendom onverlet laat, niettemin de uitoefening van die rechten onder omstandigheden door de verbodsbepalingen van het Verdrag kan worden beperkt; dat artikel 36, zijnde een uitzondering op een van de grondbeginselen van de gemeenschappelijke markt, immers slechts afwijkingen van het vrije goederenverkeer toelaat voor zover deze gerechtvaardigd zijn ter vrijwaring van rechten die het specifieke voorwerp van de industriële en commerciële eigendom vormen. Overwegende dat op grond van het voorgaande de gerechtigde totdeed in een Lid-Staat wettelijk beschermd recht van industriële en commerciële eigendom zich niet op de wettelijke regeling van die Staat kan beroepen om de invoer van een produkt dat in een andere Lid-Staat door hemzelf of met zijn toestemming rechtmatig in het verkeer is gebracht, te verhinderen" (r.o. 5 en 6 van het arrest). 's Hofs arrest in zaak 78/70 (Deutsche Grammophon, Jurispr. 1971, blz. 487)5) bevat een sterke aanwijzing dat dezelfde beginselen ook gelden voor het auteursrecht. Op die basis zou de omstandigheid dat de grammofoonplaten

in geding in het Verenigd Koninkrijk krachtens licentie zijn vervaardigd en in het verkeer gebracht, op het eerste gezicht betekenen dat hun invoer in andere Lid-Staten niet wettig kan worden verhinderd. De GEMA en de Franse regering betogen echter dat de zaak-Deutsche Grammophon anders lag, omdat zij betrekking had op het recht van een platenfabrikant om de verbreiding van zijn produkten te regelen, welk recht door het Hof was omschreven als een "aan het auteursrecht verwant recht" en dat zou verschillen van het auteursrecht van een componist. Dit verschil zou dan zijn gelegen in de "persoonlijke" aard van het auteursrecht van een componist. De reden waarom het Hof de rechten van een platenfabrikant als "verwant aan het auteursrecht" heeft beschreven in plaats van eenvoudig als "auteursrecht", is ongetwijfeld dat die beschrijving ook voorkomt in de wettelijke regelingen van sommige Lid-Staten alsook in de betrokken internationale conventies. Maar het is mijns inziens niet van belang welk etiket men erop plakt. De vraag is of er een materieel verschil bestaat tussen dergelijke rechten en de rechten van een componist. Het gesuggereerde verschil, de "persoonlijke" aard van de rechten van een componist, blijkt niets anders te zijn dan de aanwezigheid van een moreel-rechtelijk bestanddeel in het auteursrecht van een componist. Ik heb reeds verklaard waarom naar mijn mening dat bestanddeel hier niet relevant is.

De GEMA beroept zich ook op rechtsoverweging 16 van het arrest in zaak 62/79 (Coditel), waarin het Hof overwoog dat het Verdrag het stellen van geografische grenzen aan auteursrechtlicenties niet ongeldig maakte, zelfs wanneer deze grenzen samenvielen met de landsgrenzen van de Lid-Staten. Dit was echter omdat het recht waarom het in die zaak met name ging, het vertoningsrecht was, waarvan het specifieke voorwerp is dat de houder ervan gerechtigd is elke vertoning van het werk waarop het recht betrekking heeft, toe te staan of te verbieden, waaruit volgt dat het leerstuk van de "uitputting van rechten" voor de vertoningsrechten niet op dezelfde wijze geldt als voor het in het verkeer brengen van goederen. Het Hof heeft dit trouwens met zoveel woorden gezegd in rechtsoverweging 12 van het arrest. Alles bijeen genomen zie ik geen reden om op het auteursrecht van een componist op grammofoonplaten van zijn werk beginselen toe te passen die verschillen van die welke gelden voor octrooien, merken én de rechten van één platenfabrikant. Dan kom ik nu tot de vraag of, in overeenstemming met deze beginselen, de bescherming van het auteursrecht van de componist het opleggen van een last als gevorderd door de GEMA op de grammofoonplaten hier in geding, rechtvaardigt.

De GEMA probeert deze last op twee verschillende gronden te rechtvaardigen. In de eerste plaats stelt zij (en hierin wordt zij gesteund door de Belgische regering), dat, waar royalty's in het algemeen worden vastgesteld als een percentage van de verkoopprijs, en de verkoopprijzen van Lid-Staat tot Lid-Staat uiteenlopen, het alleen maar billijk is dat een componist van wiens werk grammofoonplaten worden geëxporteerd van een Lid-Staat met lage prijzen naar een Lid-Staat met hoge prijzen, het recht heeft een percentage van het

verschil te ontvangen. De Commissie merkt op dat dit betoog berust op een volstreekte misvatting van het begrip gemeenschappelijke markt. Verschillen in prijspeil tussen verschillende delen van de gemeenschappelijke markt zijn geen reden om te proberen deze delen van elkaar te isoleren. Integendeel, zij zijn een reden om te volharden bij het vrije verkeer van goederen tussen de Lid-Staten, dat het Verdrag voorziet. Hetgeen de GEMA mijns inziens over het hoofd ziet is dat (behoudens hetgeen ik straks zal zeggen over de situatie in het Verenigd Koninkrijk ten gevolge van section 8 van de Copyright Act 1956) het bestaan zelf van de gemeenschappelijke markt met zich meebrengt dat royalty's moeten worden vastgesteld voor die markt als een geheel en niet voor afzonderlijke nationale markten. De ben mij er natuurlijk van bewust dat ik hiermee in feite zeg dat de onder de auspiciën van de BIEM getroffen regelingen behoren te worden herzien. Het tweede verweer van de GEMA (waarin zij wordt gesteund door de Franse regering) berust op de concurrentievervalsende werking van section 8 van de Britse Copyright Act 1956. Het komt mij voor dat de GEMA hier vastere bodem onder de voeten heeft. In zaak 24/67 (Parke, Davis, Jurispr. 1968, blz. 55) besliste het Hof immers, dat de Nederlandse octrooihouder gerechtigd was parallelle importen in Nederland van farmaceutische produkten uit Italië, waar dergelijke produkten niet kunnen worden geïmporteerd, te beletten. Het Hof onderzocht niet of de produkten door de octrooihouder of met zijn toestemming in Italië in het verkeer waren gebracht. Dit lijkt te impliceren dat het die vraag in de omstandigheden van het geval irrelevant achtte, en dat kon ook moeilijk anders. Waar geen recht is, kan het ook niet worden uitgeput. Anders gezegd, de octrooihouder had geen kans gehad in Italië een beloning voor de uitvinding te eisen. Door professor M. Waelbroek is gesuggereerd dat de werking van het arrest wellicht wordt beperkt door 's Hof's arresten in de zaken Deutsche Grammophon en Centrafarm I, maar ik geloof niet dat dat het geval is en wel om redenen die professor Waelbroek zelf vermeldt (zie zijn artikel "The Effect of the Rome Treaty on the exercise of National Industrial Property Rights" in Antitrust Bulletin 21 (1976, blz. 99). Daaruit volgt dat indien er voor de componisten in het Verenigd Koninkrijk geen auteursrechtbescherming bestond, de GEMA gerechtigd zou zijn haar rechten krachtens de Duitse wettelijke regeling ten volle uit te oefenen. Nu bestaat er, zoals bekend, in het Verenigd Koninkrijk wel een dergelijke bescherming, maar deze wordt beperkt door de werking van section 8. Terwijl in alle andere Lid-Staten (mogelijk met uitzondering van Ierland) de royaltypercentages door vrije onderhandelingen tussen de houders van het auteursrecht en de platenfabrikanten worden vastgesteld, bestaat er in het Verenigd Koninkrijk, ingevolge section 8 en de door mij genoemde consequenties daarvan, een plafond van 6,25%. Mijns inziens volgt daaruit dat de GEMA gerechtigd is de rechten die componisten aan het Duitse recht ontleen, uit te oefenen voor zover noodzakelijk om die beperkende werking te neutraliseren.

Daarbij zie ik niet over het hoofd dat het Hof in de zaak Centrafarm I besliste dat de octrooihouder niet gerechtigd is zijn octrooirechten in de invoerende Lid-Staat uit te oefenen teneinde "prijzverschillen, welke worden veroorzaakt door in de Staat van uitvoer genomen maatregelen ter beheersing van de prijs van het produkt", te neutraliseren. Voor wat de onderhavige zaak betreft, lijkt er mij echter een wezenlijk verschil te bestaan tussen gewone prijsbeheersingsmaatregelen, die de marktsituatie slechts min of meer tijdelijk beïnvloeden, en een bepaling die het betrokken industriële of commerciële eigendomsrecht zelf beperkt. In dit verband vestigde de Franse regering de aandacht op artikel 13 van de Berner Conventie. Lid 1 van dat artikel (in de Brusselse versie) bepaalt dat auteurs van muziekwerken het uitsluitende recht dienen te genieten machtiging te verlenen om hun werken op te nemen. Volgens lid 2 mag de wetgeving van ieder land aan dat recht voorbehouden en voorwaarden verbinden, die echter alleen in dat land zullen gelden. De Franse regering betoogde dat indien, als uitvloeisel van het E.E.G.-Verdrag, het Verenigd Koninkrijk zijn wettelijk plafond voor royalty's als het ware naar andere Lid-Staten zou mogen exporteren, er een conflict zou bestaan tussen de bepalingen van het Verdrag en die van de Berner Conventie. De Franse regering vervolgde, dat ingevolge artikel 234 E.E.G.-Verdrag elk conflict van dien aard dient te worden opgelost ten gunste van de Berner Conventie. De geloof niet dat dat juist is, omdat tussen Lid-Staten het Verdrag voorrang behoudt; artikel 234 laat slechts rechten en verplichtingen tussen Lid-Staten en derde landen in stand — zie de zaken 10/61 (Commissie/Italië, Jurispr. 1962, blz. 1) en 812/79 (arrest van 14 oktober 1980, Burgoa, nog niet gepubliceerd). Is echter mijn opvatting omtrent de werking van artikel 36 E.E.G.-Verdrag juist, dan is artikel 13 van de Berner Conventie in casu niet van belang, behalve misschien als achtergrondgegeven. Zoals ik zei is de GEMA mijns inziens gerechtigd de haar door de Duitse wettelijke regeling verleende rechten uit te oefenen, voor zover zulks nodig is om de werking van section 8 van de Britse wet te neutraliseren. Dit betekent echter niet dat ik van mening ben dat zij gerechtigd is zonder meer het verschil tussen de Britse wettelijke royalty van 6,25% en een overeenkomstig haar eigen schalen berekende royalty op te eisen. Ik geloof namelijk niet dat de schalen van de GEMA er hier toe doen. Volgens mij is zij gerechtigd tot het verschil tussen de daadwerkelijk in het Verenigd Koninkrijk betaalde royalty's (6,25% van de Britse verkoopprijs dan wel een ander bedrag) en de royalty's die in het Verenigd Koninkrijk hadden kunnen worden overeengekomen bij afwezigheid van section 8, en in de veronderstelling dat de grammofoonplaten waarover die royalty's waren betaald, overal in de Gemeenschap vrij in het verkeer konden worden gebracht. Indien het Hof mijn opvatting deelt, zal het natuurlijk aan de Duitse rechterlijke instanties staan om het feitelijke bedrag waartoe de GEMA gerechtigd is, vast te stellen. Ongetwijfeld zal dat deze rechterlijke instanties voor een lastige opgave stellen, maar mijns inziens is die niet lastiger dan de opgave waarvoor de

rechterlijke instanties in de gehele Gemeenschap zich dagelijks zien gesteld, wanneer zij een schade vaststellen in zaken waarin allerlei elementen alleen maar kunnen worden geschat. Concluderend ben ik van mening dat de door de Bundesgerichtshof in beide zaken aan het Hof voorgelegde vraag ware te beantwoorden als volgt: Wanneer grammofoonplaten van een muziekwerk waarop auteursrecht rust, met toestemming van de houder van het auteursrecht in een Lid-Staat in het verkeer zijn gebracht, staan de bepalingen van het E.E.G.-Verdrag inzake het vrije verkeer van goederen eraan in de weg dat een vergoeding wordt verlangd bij de invoer van die grammofoonplaten in een andere Lid-Staat, tenzij de in de uitvoerende Lid-Staat geldende wettelijke regeling de rechten van de houder van het auteursrecht beperkt. In zulk een geval kan beroep worden gedaan op de wetgeving van de invoerende Lid-Staat, voor zover zulks noodzakelijk is om die beperking te neutraliseren.

Het tweede verweer van de GEMA (waarin zij wordt gesteund door de Franse regering) berust op de concurrentievervalsende werking van section 8 van de Britse Copyright Act 1956. Het komt mij voor dat de GEMA hier vastere bodem onder de voeten heeft.

In zaak 24/67 (Parke, Davis, Jurispr. 1968, blz. 55), besliste het Hof immers dat de Nederlandse octrooihouder gerechtigd was parallelle importen in Nederland van farmaceutische producten uit Italië, waar dergelijke producten niet kunnen worden geïmporteerd, te beletten. Het Hof onderzocht niet of de producten door de octrooihouder of met zijn toestemming in Italië in het verkeer waren gebracht. Dit lijkt te impliceren dat het die vraag in de omstandigheden van het geval irrelevant achtte, en dat kon ook moeilijk anders. Waar geen recht is, kan het ook niet worden uitgeput. Anders gezegd, de octrooihouder had geen kans gehad in Italië een beloning voor de uitvinding te eisen. Door professor M. Waelbroek is gesuggereerd dat de werking van het arrest wellicht wordt beperkt door 's Hof's arresten in de zaken Deutsche Grammophon en Centrafarm I, maar ik geloof niet dat dat het geval is en wel om redenen die professor Waelbroek zelf vermeld (zie zijn artikel 'The Effect of the Rome Treaty on the Exercise of National Industrial Property Rights' in *Antitrust Bulletin* 21 (1976, blz. 99)).

Daaruit volgt dat indien er voor de componisten in het Verenigd Koninkrijk geen auteursrechtbescherming bestond, de GEMA gerechtigd zou zijn haar rechten krachtens de Duitse wettelijke regeling ten volle uit te oefenen. Nu bestaat er, zoals bekend, in het Verenigd Koninkrijk wel een dergelijke bescherming, maar deze wordt beperkt door de werking van section 8. Terwijl in alle andere lid-staten (mogelijk met uitzondering van Ierland) de royaltypercentages door vrije onderhandelingen tussen de houders van het auteursrecht en de platenfabrikanten worden vastgesteld, bestaat er in het Verenigd Koninkrijk, ingevolge section 8 en de door mij genoemde consequenties daarvan, een plafond van 6,25%. Mijns inziens volgt daaruit dat de GEMA gerechtigd is de rechten die componisten aan het Duitse

recht ontlenen, uit te oefenen voor zover noodzakelijk om die beperkende werking te neutraliseren.

Daarbij zie ik niet over het hoofd dat het Hof in de zaak Centrafarm I besliste dat de octrooihouder niet gerechtigd is zijn octrooirechten in de invoerende lid-staat uit te oefenen teneinde 'prijverschillen, welke worden veroorzaakt door in de Staat van uitvoer genomen maatregelen ter beheersing van de prijs van het produkt', te neutraliseren. Voor wat de onderhavige zaak betreft, lijkt er mij echter een wezenlijk verschil te bestaan tussen gewone prijsbeheersingsmaatregelen, die de marktsituatie slechts min of meer tijdelijk beïnvloeden, en een bepaling die het betrokken industriële of commerciële eigendomsrecht zelf beperkt.

In dit verband vestigde de Franse regering de aandacht op art. 13 Berner Conventie. Lid 1 van dat artikel (in de Brusselse versie) bepaalt dat auteurs van muziekwerken het uitsluitende recht dienen te genieten machtiging te verlenen om hun werken op te nemen. Volgens lid 2 mag de wetgeving van ieder land aan dat recht voorbehouden en voorwaarden verbinden, die echter alleen in dat land zullen gelden. De Franse regering betoogde dat indien, als uitvloeisel van het EEG-Verdrag, het Verenigd Koninkrijk zijn wettelijk plafond voor royalties als het ware naar andere lid-staten zou mogen exporteren, er een conflict zou bestaan tussen de bepalingen van het Verdrag en die van de Berner Conventie. De Franse regering vervolgde, dat ingevolge art. 234 EEG-Verdrag elk conflict van dien aard dient te worden opgelost ten gunste van de Berner Conventie. Ik geloof niet dat dat juist is, omdat tussen lid-staten het Verdrag voorrang behoudt; art. 234 laat slechts rechten en verplichtingen tussen lid-staten en derde landen in stand, zie de zaken 10/61 (Commissie/Italië, Jurispr. 1962, blz. 1) en 812/79 (arrest van 14 okt. 1980, Burgoa, nog niet gepubliceerd). Is echter mijn opvatting omtrent de werking van art. 36 EEG-Verdrag juist, dan is art. 13 Berner Conventie i.c. niet van belang, behalve misschien als achtergrondgegeven.

Zoals ik zei is de GEMA mijns inziens gerechtigd de haar door de Duitse wettelijke regeling verleende rechten uit te oefenen, voor zover zulks nodig is om de werking van section 8 van de Britse wet te neutraliseren. Dit betekent echter niet dat ik van mening ben dat zij gerechtigd is zonder meer het verschil tussen het Britse wettelijke royalty van 6,25% en een overeenkomstig haar eigen schalen berekende royalty op te eisen. Ik geloof namelijk niet dat de schalen van de GEMA er hier toe doen. Volgens mij is zij gerechtigd tot het verschil tussen de daadwerkelijk in het Verenigd Koninkrijk betaalde royalties (6,25% van de Britse verkoopprijs dan wel een ander bedrag) en de royalties die in het Verenigd Koninkrijk hadden kunnen worden overeengekomen bij afwezigheid van section 8 en in de veronderstelling dat de grammofoonplaten waarover die royalties waren betaald, overal in de Gemeenschap vrij in het verkeer konden worden gebracht. Indien het Hof mijn opvatting deelt, zal het natuurlijk aan de Duitse rechterlijke instanties staan om het feitelijke bedrag waartoe de GEMA gerechtigd is, vast te stellen. Ongewijfeld zal dat deze rechterlijke instanties voor een

lastige opgave stellen, maar mijns inziens is die niet lastiger dan de opgave waarvoor de rechterlijke instanties in de gehele Gemeenschap zich dagelijks zien gesteld, wanneer zij een schade vaststellen in zaken waarin allerlei elementen alleen maar kunnen worden geschat.

Concluderend ben ik van mening dat de door het Bundesgerichtshof in beide zaken aan het Hof voorgelegde vraag ware te beantwoorden als volgt:

Wanneer grammofoonplaten van een muziekwerk waarop auteursrecht rust, met toestemming van de houder van het auteursrecht in een lid-staat in het verkeer zijn gebracht, staan de bepalingen van het EEG-Verdrag inzake het vrije verkeer van goederen eraan in de weg dat een vergoeding wordt verlangd bij de invoer van die grammofoonplaten in een andere lid-staat, tenzij de in de uitvoerende lid-staat geldende wettelijke regeling de rechten van de houder van het auteursrecht beperkt. In zulk een geval kan beroep worden gedaan op de wetgeving van de invoerende lid-staat, voorzover zulks noodzakelijk is om die beperking te neutraliseren.